

CONSULTAS

CONSULTA NUM. 1

Ilmo. Sr.:

Por conducto de la Fiscalía de esa Audiencia Territorial sometió V. I. a ésta del Tribunal Supremo un caso que le pareció interesante, y que enuncia concretamente en estos términos: "Se trata de saber —dice V. I.— si fallado un proceso criminal por delito de abandono de familia, la sentencia recaída produce excepción de cosa juzgada, e impide que nuevamente se proceda contra el condenado, que, no obstante lo resuelto, persiste en su actitud de rebeldía y no reanuda la vida conyugal".

Opina V. I. que la sentencia dictada no constituye obstáculo para que, persistiendo la situación ilícita y punible, puedan pensarse nuevamente los hechos; y apoya su dictamen en el carácter permanente de los actos que integran el delito y en la doctrina que, reconociéndolo así, tiene establecida el Tribunal Supremo de Justicia, si bien somete su parecer al de esta Fiscalía, usando, para ello, de las facultades de consulta que le otorgan nuestras disposiciones orgánicas.

Entiendo que en el caso ni juega ni puede jugar la excepción de cosa juzgada, porque su efecto preclusivo no alcanza, lógicamente, sino a hechos pretéritos, que son los juzgados por el Tribunal. Los posteriores a la sentencia, en el orden del tiempo, constituyen, en mi sentir, una nueva infracción penal, aunque en otro aspecto impliquen persistencia en la actitud remisa al mandato del Tribunal, que ya juzgó definitivamente los que, en el momento de pronunciarse el fallo, estimó delictivos.

Esta tesis puede justificarse, a los ojos de la Ley por dos consideraciones distintas:

A) La primera dimana, precisamente, como V. I. señala, de la esencia y efectos del delito de abandono de familia previsto y penado en el art. 487 del vigente Código, en cuanto, por *ser continuado y permanente*, no sólo se comete cuando el cónyuge se aparta del hogar y deja de cumplir imperiosos deberes de asistencia, sino que, como dice la sentencia de 7 de octubre de 1946, "sigue perpetrándose y produciendo plenamente sus dañosas y antijurídicas consecuencias, características de la infracción punible, mientras el apartamiento y desprecio maliciosos subsisten": lo que, entre otras sentencias, está corroborado por la de 6 de marzo de 1945 y por la de 2 del mismo mes, año 1946, a que V. I. se refiere. No importa, a ese efecto, que en los casos contemplados por tales resoluciones el problema se plantease en torno al art. 23 del Código penal. Lo interesante, para el objeto perseguido, es la razón de continuidad en la viciosa conducta y la permanencia de la situación irregular, tanto más grave cuanto que se produce después de sancionados los hechos iniciales.

B) En otro aspecto, es de notar que la intención patente del legislador, lo mismo en la Ley Especial que precedió al Código que en el Código mismo, fué la de asegurar, a un tiempo, valores morales y económicos. Por eso la conciencia pública no puede aquietarse con que éstos se reparen mediante la prestación de alimentos impuesta por la primera resolución; exige, además, la imposición de los deberes de asistencia y amparo, que algún Código extranjero, el suizo (artículo 217), califica, genéricamente, de *deberes civiles familiares*. Si se consintiese interpretación contraria, la sentencia recaída primeramente, pese a su fuerza de obligar, constituiría para el futuro una patente de indemnidad y como una especie de salvoconducto para persistir, sin riesgo alguno, en la conducta delictiva.

Por estas consideraciones estimo acertado el parecer de V. I., siendo ésta la tesis que debe mantener en el caso consultado, incluso en lo relativo a repufar la circunstancia

de agravación contenida en el núm. 15, art. 10 del Código Penal.

Sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 14 de julio de 1948.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 2

Ilmo. Sr.:

Contesto ahora la consulta que estatutariamente ha elevado V. E. a esta Fiscalía, en sumario núm. 235 de 1948, hoy en trámite de calificación, y prescindiendo en mi contestación —para hacerlo por separado, por no ser de interés general— de sugerirle la posición que en el caso concreto deberá adoptarse.

Con esta salvedad, y para situar la cuestión por V. I. propuesta, es necesario presentar *el caso*, aunque sea en líneas generales, como único medio de determinar el alcance de la consulta formulada y el de la contestación, si ha de ser congruente con ella. Y el caso fué que, iniciado y seguido un sumario por supuesto delito de calumnia a un Notario público en el ejercicio de sus funciones, cuya comisión se atribuye a un Agente de la Fiscalía de Tasas, hoy procesado, el Fiscal provincial pidió informe al Juzgado acerca de si se había cumplido o no una Circular que en 9 de junio de 1941 dirigió el entonces Director de Justicia a los Presidentes de Territorial, en que se establecen normas, que han de ser tenidas en cuenta, en la relación oficial que los Tribunales han de mantener con los Organismos de Tasas; Circular ésta que, en un escrito que la Fiscalía Superior dirigió al Juzgado que entonces conocía del procedimiento, se interpreta en el sentido de que la determinación de los indicios racionales de criminalidad, a que se^o refiere el art. 384 de la

Ley Procesal criminal, está, en cierto modo, vinculada a la apreciación que de ellos se haga en el expediente administrativo a que la Circular se refiere, y que, en todo caso, no se han observado las *garantías procesales* que la misma establece para el supuesto de que la acción penal se dirija contra un funcionario de la Fiscalía de Tasas.

V. I. estima, razonando su parecer: a) Que la Circular no puede interpretarse en el sentido que lo hace dicha Fiscalía, porque ello equivaldría a subordinar a sus decisiones la posibilidad de proceder o no proceder; lo que contradice abiertamente la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento criminal. b) Que la Circular no es de aplicación al hecho realizado, porque el delito que al agente se atribuyó no se cometió en el ejercicio de sus funciones, sino *con ocasión de éstas* (lo que es totalmente distinto); y añade, además, con notorio acierto, que para que existiese un verdadero requisito de procedibilidad sería necesario que estuviese consignado en una disposición de rango suficiente para derogar lo dispuesto en una Ley, cual ocurre —dice V. I.— en el caso previsto por Decreto-Ley de 30 de agosto de 1946.

Realmente, V. I. agota en la consulta los argumentos que pueden esgrimirse, con éxito, para mantenerse en la posición que lo mismo las Autoridades judiciales que nuestro Ministerio adoptaron en el caso de que se trata; pero la importancia de la consulta hecha, y la posibilidad de que en algún caso los Tribunales y las Fiscalías actuantes no tengan esa firmeza de convicción, quiero contestar, lo más concretamente que sea posible, las preguntas formuladas por V. I., aunque, en rigor de verdad, con solucionar la primera cuestión, quedan las demás solucionadas.

1.º La Fiscalía Superior de Tasas ha entendido, por una parte, que los términos de la Circular en cuestión permiten afirmar que, cuando con arreglo a ella se atribuya un delito a funcionarios de las Fiscalías de Tasas, las Autoridades judiciales tendrán *que esperar* la decisión de esos Organismos administrativos para determinar si puede darse curso a las denuncias contra ellos, o abrirse paso, por admisión, a

las querellas que se presentaren; ha estimado, por otra, que el resultado del expediente administrativo limita, en cierto modo, la libertad de apreciación que en el enjuiciamiento de los hechos delictivos y determinación de las circunstancias y personas responsables tienen, con facultades exclusivas y excluyentes, los Tribunales de Justicia.

La enunciación concreta de la cuestión pone de relieve que la Circular no tiene *ni puede tener* ese alcance; porque ni un Organismo administrativo, con un cometido definido perfectamente, puede dictar disposiciones orgánicas y de enjuiciar que deroguen una Ley del Reino y transmitir instrucciones a los Tribunales de Justicia que puedan tener esa finalidad (a eso equivaldría establecer, por tan anómala manera, una condición de procedibilidad que se *interponga* en las facultades exclusivas y excluyentes de los Tribunales), ni mucho menos cabe que, cuando éstos ya están actuando, nadie que no sea el Superior jerárquico, *en funciones de justicia*, puede establecer, con fuerza vinculante, si hay o no méritos para proceder contra aquéllos o estas personas. En el primer aspecto, la cuestión es tan elemental que no merece los honores de la discusión; y precisamente por eso no puede atribuirse a un organismo técnico un propósito que no estuvo en su mente. En el segundo, ni en el caso de que esa condición de procedibilidad se hubiese establecido, limitarían las facultades de apreciación de los Tribunales; no precisamente porque sean desdeñables los datos favorables o adversos que del expediente administrativo contra el funcionario resulten, sino por la elemental razón de que pueden ser distintos. Más de lo que yo pueda decirle a ese respecto, le diré, en un caso mucho más dudoso que el presente, la consulta núm. 2 de esta Fiscalía, que aparece inserta en la página 180 y siguientes de la Memoria correspondiente al año 1948.

La interpretación de esa Circular no pudo ser otra sino la de establecer ciertos matices de procedimiento que, sin atentar a la esencia de la Ley, facilitasen, sin embargo, la gestión de las Fiscalías de Tasas, y, sobre todo, les proenrasen ciertos elementos de juicio para calificar, *en el terreno*

administrativo, la conducta de sus funcionarios, sin otra trascendencia, y, aun desde otro punto de vista, para coordinar las necesidades de su servicio con las de la instrucción sumarial: ése sería, indudablemente, el espíritu de la disposición, porque es el único que puede coordinar lo que, de otro modo, no tendría coordinación punible.

2.º Es claro que resuelta así la primera dificultad que a V. I. se ha ofrecido, la segunda carece de contenido; porque si, en todo caso, nuestra interpretación debía ser ésta, no precisaba distinguir entre unas y otras formas de culpabilidad. Pero es que, además, y esto es lo que interesa preferentemente, la Circular en cuestión ha de entenderse derogada por el Decreto-Ley de 30 de agosto de 1946, que V. I. cita: porque recogidas en él todas las particularidades del régimen procesal en materia de abastecimientos, sin más excepción, en lo que a condiciones de procedibilidad se refiere, que la establecida en su art. 10, *en todo lo demás*, hemos de atenernos a la Ley común y proceder como en ella se dispone. Por tanto, ni el curso de las denuncias contra los funcionarios de las Fiscalías de Tasas, ni la admisión de las querellas, tienen que subordinarse a ninguna decisión de dicho organismo; y serán Jueces y Tribunales los que, en todo caso, y en el ejercicio de su propia autoridad, habrán de determinar lo que proceda; siquiera convenga que no por una disposición legal, que no existe, sino cuando lo demanden las necesidades de la instrucción y la coordinación de los intereses públicos, que no son dispares, sino que deben ser coincidentes, los Instructores mantengan contacto con las Fiscalías para aquellos cometidos que en beneficio común puedan contribuir al esclarecimiento de la verdad, a la sanción de los hechos punibles y, eventualmente, a la defensa de los funcionarios que sean injustamente perseguidos o torpemente calumniados, encargándose V. I., por su parte, de contribuir con sus medios propios a la consecución de tan legítimos designios.

Concretando el parecer, y por las consideraciones que, en síntesis, quedan hechas:

1.º Sostendrá, en este caso y en cuantos se le ofrezcan,

que la Circular en cuestión está derogada, y que los Tribunales sólo están obligados a cumplir la condición de procedibilidad establecida por el art. 10 del Decreto-Ley de 30 de agosto de 1946.

2.º Si contra esta tesis, se discutiese la aplicabilidad de dicha Circular, sostendrá V. I. que, aparte de no estar vigente, no ha dicho ni ha podido decir lo que pretende deducirse de su apartado a), porque ello equivaldría a considerar derogadas, por una disposición que, dada su índole, carece de fuerza derogatoria, la Ley Orgánica y la de Enjuiciamiento criminal.

3.º Si contra lo que creo y espero, los Tribunales sostuviesen el parecer contrario, apurará, contra las resoluciones que así lo declaren, todos los recursos autorizados, sin perjuicio de darme cuenta del caso, por el medio más rápido posible.

4.º Sobre la base de esta doctrina contribuirá V. I. con los medios a que, dentro de las leyes vigentes y con sujeción a sus preceptos, las Fiscalías de Tasas queden informadas de la apertura de los sumarios que se sigan contra funcionarios de ese organismo, en tanto en cuanto no se contradigan los principios rectores de la investigación sumarial, y sólo al objeto de que, por su parte, si ya no lo hubieran hecho, depuren administrativamente, para todos los efectos, las responsabilidades en que eventualmente incurra el funcionario.

5.º Me someterá, además, cualquier duda que el cumplimiento de estas instrucciones le sugiera.

Sírvase acusar recibo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 5 de abril de 1949.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 3

Ilmo Sr.:

Se ha recibido en esta Fiscalía la consulta que formular al amparo del núm. 3.º del art. 43 del Estatuto Fiscal, relacionada con la interpretación que debe darse al número 1.º del art. 3.º del Decreto de 17 de julio de 1947.

Exceptúa dicho precepto de los beneficios del Decreto a los reincidentes y reiterantes y a los que, aun sin serlo, tengan antecedentes penales derivados de más de una condena; y la consulta requiere el parecer de esta Fiscalía en un punto concreto, que consiste en discernir si es necesario, para que esos antecedentes obstan a la aplicación de la gracia, que existan en el momento de la ejecución del delito, o basta con que existan al tiempo de resolver sobre el indulto.

Razonadamente sostiene V. I. esta última opinión, puesto que es notorio que todo el espíritu de ese Decreto revela el propósito de favorecer a los delincuentes primarios y ocasionales, pero no a los reincidentes y reiterantes, criterio éste que late en la aplicación de la libertad condicional, la de la condena condicional y la redención de penas por el trabajo.

Y, por otra parte —también lo señala V. I.—, si se mantiene la tesis señalada en primer lugar, carencia de aplicación el último inciso de ese párrafo, que, con independencia de los reincidentes y reiterantes (es decir, precisamente, a los que ya habiesen sido condenados al cometerse el segundo delito), considera el caso de los que, sin tener aquella condición, tengan antecedentes derivados de más de una condena.

Ese es también el espíritu del art. 4.º del Decreto: pues si los interesados, al pedir la aplicación del indulto, han de acompañar (sin distinción de casos) las certificaciones que acrediten no están incurso en las excepciones del art. 4.º, es evidente que esa justificación ha de referirse, no al momento de comisión del delito, sino al de concesión del indulto, tal como V. I. sostiene en la consulta.

Teigala, pues, por evacuada en sentido favorable a la que formula en cuantos casos se le ofrezcan, y si la Sala contradice este criterio, interponga contra su resolución los recursos autorizados, sin perjuicio de darme cuenta con la mayor rapidez posible.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 9 de abril de 1949.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 4

Excmo. Sr.:

Contestando su atenta comunicación de 21 de abril último, después de estudiada la cuestión que plantea, y sobre la base de que la que impropiaamente se llama cuestión de competencia por inhibitoria es un conflicto jurisdiccional planteado al amparo de la novísima Ley de 17 de julio de 1948, le comunico las instrucciones siguientes:

1.ª En cuanto al fondo, si los hechos que se atribuyen a don M. F. S. consisten en haber proferido frases ofensivas e insultos contra la Fiscalía de Tasas, tales hechos, sin perjuicio de la entidad que en su día puedan tener, jamás pueden ser encuadrados en el art. 9.º, último párrafo, de la Ley de 30 de septiembre de 1940, porque ni gramatical ni jurídicamente constituyen una coacción ni una represalia. Por antifibológico que el texto sea, la instrucción de ese expediente para castigar hechos posiblemente constitutivos de un delito de una falta, constituyen una intromisión en las facultades de los Tribunales de Justicia, contra la que precisa reaccionar en defensa de su fuero excluyente y exclusivo.

No tengo, sin embargo, que subrayar a su consideración, que razono sobre la base de que el relato que en el escrito del compareciente se hace (y que sólo conozco a través de su extracto) deja bien esclarecido que los hechos que al F. se atri-

buyen son los que arriba se exponen, y no tienen similitud con los tipificados, como posible materia de sanción gubernativa, en el artículo de la Ley creadora de la Fiscalía de Tasas que arriba se cita.

2.ª En cuanto a la forma, es indudable que es la Sala de Gobierno, en este caso, la que, si lo estima procedente, ha de promover el conflicto; pero duda, razonablemente, de la autoridad que ha de ser requerida.

La opinión que V. E. puede sustentar, sin perjuicio de lo que la Sala de Gobierno acuerde, es la siguiente:

La legislación especial de Tasas atribuye, en efecto, a los Fiscales provinciales la facultad de sancionar con multas determinadas infracciones, siempre que aquéllas no excedan en cuantía de la suma de 10.000 pesetas (art. 5.º de la Ley citada), y en tal sentido pudiera entenderse, equivocadamente, que el requerimiento de inhibición, en su caso, debe hacerse al Fiscal provincial que impuso la multa; *pero* el art. 6.º establece la subordinación de los Fiscales provinciales al Gobernador civil de cada provincia, al que tienen que *dar conocimiento* de las sanciones pecuniarias que impongan, y someter propuesta de las que no les correspondan imponer.

Con esto, acaso bastaría para resolver el problema; pero es que, además, si V. E. lee con atención el art. 7.º de la Ley de 17 de julio de 1948, observará que, entre las autoridades provinciales, sólo el Gobernador y el Delegado de Hacienda pueden promover conflictos jurisdiccionales; y es razonable sostener que sólo los que están legitimados *activamente* para suscitar la cuestión, lo están *pasivamente* para ser requeridos; y el silencio de la Ley mencionada en ese punto, justifica que el requerimiento se haga, no al Fiscal provincial de Tasas, del que no se hace mención en la disposición legal, sino al Gobernador civil, que, en general, es el representante de la Administración pública dentro de la misma provincia, y, en especial, constituye, dentro de la Administración provincial, un organismo coordinado jerárquicamente, en la materia de que se trata, con la Fiscalía provincial de Tasas.

El examen de los artículos invocados más arriba, el del artículo 10 de la Ley de 17 de julio de 1948 y toda la economía de esta Ley, en relación con el régimen jurídico sustituido por ella, abonan esta solución, que parece la más conforme con su espíritu y aun con su letra.

Puede, pues, V. E., sobre las bases sustentadas, informar en el sentido expuesto el conflicto jurisdiccional promovido ante esa Sala de Gobierno; y, en todo caso, remitirme copia de la resolución que en su día dicte dicho organismo y de los sucesivos desenvolvimientos del asunto, en cuya tramitación cuidará, por su parte, de que resulte ajustada a la nueva Ley reguladora de los conflictos jurisdiccionales con la Administración.

Dios guarde a V. E. muchos años.

Madrid, 9 de mayo de 1949.

Excmo. Sr. Fiscal de la Audiencia de

CONSULTA NUM. 5

Ilmo. Sr.:

En posesión de todos los antecedentes que me eran necesarios para contestar la consulta que V. E. formuló en comunicación documentada de 9 de mayo último, la contesto ahora, con expresión concreta del criterio de esta Fiscalía; comenzando para ello por establecer las bases de hecho que estimo indispensables para formular juicio sobre el asunto, que tiene, como en su lugar se dirá, particularidades específicas que lo configuran de un modo singularísimo y digno por ello de tenerse en cuenta.

Y el caso, tal como se ofrece en los antecedentes que V. I. suministra, puede sintetizarse en estos términos:

1.° *Los hechos*

A) Tramitados en un Juzgado de Instrucción de esa provincia dos sumarios, después acumulados, declaró concluso el sumario único y, a su tiempo, se decretó la apertura del juicio oral. En el trámite correspondiente, esa Fiscalía y la representación de la acusación privada formularon sendos escritos de calificación provisional. En el suscrito por V. I. se atribuye a los procesados un delito de estafa, previsto y penado en el art. 523, núm. 1.°, del Código penal de 1932, en relación con el 522, núm. 4.°, del mismo texto legal, y cuatro delitos de falsedad en documento mercantil con lucro, del art. 308, en relación con el núm. 4.° del 307 y el 323 del referido Código. En el muy prolijo de la acusación, los hechos sumariales, con particularidades que no afectan a los fines de la consulta, se acusa a uno de dichos procesados (el señor Z.) por varios delitos complejos de hurto y defraudación (sic) con falsificación de documentos mercantiles. Y es particularidad digna de tenerse en cuenta, para fines ulteriores, que el escrito de calificación provisional de esa Fiscalía es de 25 de mayo de 1946, y posterior en fecha el de la acusación privada, aunque no conste en la copia que me remitió la del deducido por ella. También debe consignarse que los hechos, tipificados y calificados por la acusación en el sentido que se deja expuesto, se engendraron en la gestión que como Consejero de cierta entidad mercantil realizó el procesado, al que se imputaba la apropiación de bienes sociales y ciertas alteraciones maliciosas en los libros comerciales de la Sociedad, con detalles que constan en los escritos a que antes se hace referencia.

B) Así las cosas, al formular la representación del procesado su escrito de calificación “niega —son sus propias palabras— los hechos delictivos que se atribuían a uno de los procesados”; y añade: “como han reconocido los propios acusadores particulares y la totalidad de los señores accionistas..., que así lo han consignado unánimemente en Junta

general celebrada en Ll., sede social, el día 11 de diciembre de 1948". Por consecuencia de su conclusión de hecho, la defensa formuló, por su parte, petición para que en su día se absolviese libremente al procesado por quien actuaba; pero mediante otrosí, con invocación del art. 746, núm. 6.º, solicitó la práctica de una información suplementaria, que la Sala acordó por auto de 8 de marzo último. Es dato digno de tenerse en cuenta que, coincidiendo con el escrito antedicho, los querellantes presentaran otros en que desistían de la acción penal por ellos ejercitada y renunciaban a las correspondientes acciones civiles; y no ha de omitirse que, sin duda por obra de la acumulación a que al principio se alude, de los dos procesados a que V. I. acusa, uno parece ser, *a la vez*, querellante, y, con ese carácter, desiste de las acciones penales y civiles ejercitadas contra quien, según la Fiscalía, es su coprocesado; anormal situación que ahora desaparece por obra de su apartamiento del proceso como parte activa.

C) En la información suplementaria acordada practicar por la Sala, se ordenan numerosas pruebas, enderezadas todas ellas a ratificar judicialmente las afirmaciones hechas en la Junta de Accionistas de la Sociedad, que, por una parte, reconocían la exactitud de los asientos tachados de falsos, y por otra legitimaban como lícitas las que hasta entonces se reputaron punibles apropiaciones de bienes sociales.

2.º La consulta

En ella expresa V. I. que practicada la información y estimándola completa, creía, sin embargo, que era preciso devolverla al Instructor para que dictase auto de conclusión; pero que, en todo caso, el estudio hecho antes de formular esa petición (limitada simplemente a pedir que se llenase un trámite) le permitía establecer un juicio y prever una posible posición, puesto que "unidos a los autos documentos que parecían enervar (son sus mismas palabras) los cargos

que primeramente resultaban contra el encartado Z., estimaba procedente, al evacuar el trámite a que se refiere el artículo 627 de la Ley de Enjuiciamiento criminal, solicitar de la Sala el sobreseimiento profesional", del núm. 1.º, art. 641 de la propia Ley.

En pro de este parecer, que es precisamente el que somete a mi consideración, alegaba determinados argumentos de carácter sustantivo y procesal, que en el fondo obedecen a una sola inspiración; pues que si aquéllos contemplan una sustancial e inesperada mutación de los hechos, por obra de la cual resultaba incierto que el procesado hubiese hecho una emisión clandestina de acciones de la Sociedad en perjuicio de los querellantes, o alterado la verdad en los libros comerciales, figurando en ellos cantidades mayores que las representadas por las facturas a que los asientos respondían, no había tampoco dificultad en proceder como se proponía, desde el momento en que la condición de sumario que la información suplementaria tiene, según la Circular de Fiscalía de 16 de abril de 1893 y sentencia de 26 de abril de 1890, y la necesidad de terminarla por un auto de conclusión con empiazamiento de las partes, restituye las actuaciones al trámite de instrucción, y deja libres las iniciativas del Ministerio público para solicitar de la Sala el sobreseimiento de la causa.

* * *

Esta Fiscalía, sin desconocer el razonado esfuerzo dialéctico hecho por V. I. para llegar a la conclusión que establece, cree, por el contrario, que nuestra posición debe ser otra en todo caso, pero con mucho mayor motivo en el que ha sido objeto de su consulta.

Dejo a un lado, por no ser un tema sometido a ella, lo relativo a la posibilidad de que la información suplementaria se suscite, como en este caso, después de abierto el juicio oral y antes de la apertura de las sesiones. La posibilidad de que así ocurra, y el acierto de la resolución que la acuerda,

están minuciosamente estudiados en la Circular a que V. I. se refiere, y no precisa de aclaración alguna (Circular de 15 de noviembre de 1893, inserta en la Memoria del año 1894, página 165).

En cambio, no sobran algunas previsiones sobre la naturaleza de esta información y sobre sus efectos, en los cuales esta Fiscalía encuentra los materiales indispensables para resolver el problema.

a) No puede decirse que la información suplementaria constituye un sumario, dando a entender con ello que se trata de una pieza autónoma, cuyo resultado hace desaparecer, poco menos que como inexistentes, los elementos de convicción obtenidos en el sumario que originó la apertura del juicio. Con mayor exactitud se califica en algunas memorias de diligencia extraordinaria de prueba; y la condición *suplementaria* de la información revela, aun sin otra guía que las palabras empleadas, que constituye un *complemento* del sumario primitivo, que permite en casos excepcionales la aportación de pruebas.

Pero aún afirmado que la información es un verdadero sumario, no cabe duda alguna de que el primero queda subsistente y su contenido es intangible, porque en frase, un tanto anfibológica, de un conocido comentarista, es “un nuevo sumario formado en crédito de nuevos hechos, cuya aportación produce, según los casos, muy diversas consecuencias”. Cuáles sean, no las dice la Ley, muy parca en ese punto: pero es claro que la posición jamás puede ser la misma, cuando la información patentiza nuevas responsabilidades para personas no implicadas hasta entonces en el proceso, que cuando atenúa, agrava o modifica en cualquier sentido las exigidas en el escrito de calificación provisional. Tan evidente es la necesidad de esta diferencia de trato, que cuando el aludido comentarista examina casos idénticos, más que similares, al planteado en este supuesto, sostiene la tesis de que cuando no surgen nuevas responsabilidades deberá darse a las partes un breve plazo de instrucción (palabra que en este caso no tiene la significación específica que V. I. le da)

para que, sin el trámite de vista previa (las palabras se escribían cuando la Ley no había sido reformada), "toda vez que ya está abierto el juicio, y el auto en que así se acordó no puede ser reformado y tiene que surtir sus efectos legales"... "puedan modificarse las conclusiones provisionalmente formuladas, y solicitar en las definitivas la libre absolución de los inculcados" (Aguilera de Paz: *Comentarios*, volumen V, pág. 601).

Ya va aprendiéndose, por este lado, que en ningún caso la información puede producir el efecto, exorbitante, de anular el auto de apertura del juicio, para recorrer después, sin necesidad, el camino andado.

b) Pero es que, además, sin otro apoyo que el de la Ley aplicable, se llega a la misma conclusión: porque cuando en ella se contemplan los efectos de la suspensión en general, y los de la suspensión por información suplementaria en particular, jamás se autoriza para dejar sin efecto otras actuaciones que *las del juicio*: en la hipótesis de que hubiese comenzado, y, concretamente, en la del núm. 6.º del art. 746, sólo cuando la preparación de los elementos de prueba, o la sumaria instrucción suplementaria exigiese algún tiempo, cabe adoptar esa determinación.

Si en el caso objeto de la consulta se procediese como se pretende, los artículos en juego se interpretarían extensivamente, declarando nulas —aunque no se emplease ese término— todas las actuaciones llevadas a cabo a partir del auto de conclusión del primer sumario, que, contra lo expuesto en el apartado anterior, correría, innecesariamente además, la suerte del que se tramitó como suplemento y complemento de él; y precisamente en la Circular antes referida, y por V. I. invocada, se dicen cosas muy atinadas a propósito de la ilegalidad de reponer los autos al estado *de sumario*, que no otra cosa supondría desentenderse del auto de apertura y de la calificación, que fué su inmediata consecuencia, respecto a las presuntas responsabilidades *de una persona ya procesada y acusada*.

c) Mas si por las consideraciones expuestas se muestra

la imposibilidad de solicitar en este trámite el sobreseimiento del proceso respecto al señor Z., todavía lo evidencia más las circunstancias concretas concurrentes:

1.º Del texto del acta notarial en que se consignaron, por presencia del fedatario, las deliberaciones de la Asamblea de socios, sólo resulta que éstos, después de acusar con elementos de juicio, que, en principio, pudieron parecer convincentes a las autoridades judiciales y fiscales que intervinieron en el proceso, volvieron sobre sus acuerdos, cuando ya se había entrado en el trámite de calificación provisional; y rectificando su acuciosa conducta anterior, y tras el examen de libros y papeles, que dicen haber visto y comprobado *después*, cambiaron radicalmente de criterio y se apresuraron, con los medios de que disponían, a ingresar en las filas de los defensores del querellado. Es aventurado afirmar ahora si procedieron antes con ligereza, o fueron mendaces después. Pero no sería lícito sustraer a la Sala, por un procedimiento que legalmente no parece viable a esta Fiscalía, el conocimiento de todos los hechos, así favorables como adversos al procesado, para que públicamente se depuren esas responsabilidades y se pronuncie sentencia. El juicio oral tiene esta finalidad, y el sobreseimiento, cuando no está absolutamente justificado, puede dejar en entredicho la responsabilidad criminal o la inocencia (que de eso se trata en definitiva), cuando el Tribunal dispone de *dos* instrumentos que recíprocamente se contrastan, a saber, los resultados, abiertamente, contradictorios del sumario y de la complementaria información. El sobreseimiento provisional es una confesión provisional también, de impatencia investigadora, y es sólo justificable cuando no se dispone de elementos bastantes para proceder a la apertura del juicio. Cuando se tienen todos los necesarios, en *éste habrá de decidirse* si procede condenar o absolver, y aún cabe la posibilidad de que se deriven responsabilidades para los que, por actos que les son imputables, consumieron estérilmente la actividad judicial. Por eso la celebración del juicio, sobre la base de todo lo actuado, ofrecerá a V. I. el medio de mantener la acusación provisional o el de

retirarla, si persistiese el convenio, mientras que ahora sólo de modo provisional puede actuar.

2.ª Particularidad curiosa es también la que en su lugar adecuado subrayo; porque si, dado el *statu ante*, V. I. pidiera el sobreseimiento provisional para el procesado Z., y la Sala lo acordase, el juicio tendría que continuar para el otro procesado, pese a la ligazón íntima entre unas y otras responsabilidades, que puso de relieve la acumulación, creándose con ello una situación paradójica, que deja de serlo si el juicio se celebra y en él, adecuadamente, se calibran y sopesan todas las responsabilidades. Nada dice su consulta sobre ese extremo; mas para discurrir sobre este punto tengo en cuenta que en su escrito acusa a Z. y a A., y que éste, en su anómala calidad de querellante contra el primero, ha retirado su acusación y ha hecho renuncia de sus responsabilidades civiles.

Por todas estas consideraciones, estimo:

A) Que no procede solicitar el sobreseimiento, dado el estado procesal del asunto.

B) Que el trámite de instrucción debe reducirse a tomar conocimiento de la información suplementaria para efectos ulteriores.

C) Que si en el curso de las sesiones del juicio los elementos *todos* de información de que dispone y el resultado de las pruebas que en aquel acto se practiquen, robusteciese su convicción, proceda, inspirándose en el Derecho y en lo que su conciencia le dicte, a establecer, en *conclusiones definitivas*, la tesis que estime acertada.

Son adjuntos los documentos que hubo de remitirme para información, que deberá archivar con sus antecedentes, acusando, entre tanto, recibo.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 11 de junio de 1949.

Ilmo. Sr. Fiscal de la Audiencia Provincial de

CONSULTA NUM. 6

Timo, Sr.:

Contesto, con la mayor concisión posible, la razonada consulta que formula en su atenta comunicación de 19 de mayo último, en relación con las dudas que le ofrece la interpretación del art. 338 del Código Penal, que tipifica, para sancionarla, la simulación de delito.

En el caso que motivo su perplejidad, el hoy procesado declaró, en un atestado instruido por la Guardia Civil, que había sido víctima de un atraco, y que para sustraerle determinada cantidad (treinta y cinco pesetas) unos sujetos desconocidos le habían hecho objeto de malos tratos, dejándole maniatado sobre la línea del ferrocarril para que fuese arrollado por el tren. Lo inverosímil del relato despertó la sospecha de los redactores del atestado, que al fin comprobaron —por retractación de la supuesta víctima— que era falso, no obstante lo cual la pusieron a disposición de la autoridad judicial, que decretó el procesamiento.

La duda se engendra, según esa Fiscalía de su digno cargo, en las particularidades del hecho mismo: puesto que esclarecida la falsedad del hecho denunciado antes de que la autoridad judicial interviniese, y, por tanto, antes de que se practicara ninguna actuación procesal, *stricto sensu*, la letra del artículo 338 del Código parece justificar la tesis de que los hechos realizados no son constitutivos de delito.

V. L., sin embargo, resuelve por sí mismo la dificultad, cuando apunta que, valorando la conducta ilícita de simulación con un simple criterio objetivo, bastará para la punición que el delito se haya simulado, y que, por las circunstancias de esa simulación, la autoridad competente deba proceder a una actuación procesal. Entonces, el verbo *motivar* adquiere una especial significación, y la posibilidad de una actuación judicial futura permite aplicar correctamente el artículo de que se trata.

Ese es también el parecer de esta Fiscalía, que se funda.

para sostenerlo así, en la necesidad de evitar que se distraigan energías destinadas a la persecución y castigo de los verdaderos relinquentes. La colocación de la norma en el grupo de los delitos contra la Administración de justicia revela esa finalidad y autoriza una interpretación teleológica que responde al espíritu del legislador y al designio perseguido por él a introducir esa innovación en el Código Penal.

En otro aspecto, cabe sostener que el atestado, aunque sólo tenga carácter de denuncia (conforme al art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento criminal), es, no obstante esta condición, una actuación procesal (acto de iniciación como la querrela) que, cualquiera que sea su contenido, tiene que someterse a la autoridad judicial para que, previas las necesarias comprobaciones, adopte la posición que en cada caso crea ajustada a Derecho. Así, en el supuesto que la consulta contempla, la Guardia Civil, que intervino en el atestado, en el que se hicieron dos declaraciones radicalmente contrarias, no podía de su propio motivo resolver cuál de ellas era la que se ajustaba a la verdad: tocaba al Juez esclarecerla, y, en su caso, si la simulación se acreditaba, proceder, como lo hizo, contra el simulador, y era indiferente, para que el tipo delictivo se definiese, que el denunciante se hubiese retractado, si los motivos y, sobre todo, la realidad de esa retractación, que podrán dejar al descubierto el propósito de engañar, tenían que ser apreciados por la *Autoridad competente* (el Juez), mediante una actuación propia de su oficio. No cabe, pues, considerarse aisladamente lo ocurrido en la instrucción del atestado, que, como acto inicial, obliga a la apertura del proceso e impone una actuación procesal, que realiza el Juez instructor. Así lo sostiene V. I. en último término, y las razones que sintéticamente le expongo no son, en suma, sino una glosa de las que V. I., acertadamente, somete a mi juicio, siquiera expresando razonables dudas, que con este oficio dejó esclarecidas como base de la actuación fiscal en este caso.

Dios guarde a V. I. muchos años.

Madrid, 1.º de junio de 1949.

Fimo. Sr. Fiscal de la Audiencia de